



## Tilburg University

### De huwelijksgemeenschap van ongelijke delen

van Vijfeijken, Inge

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Publication date:*

2020

*Document Version*

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van Vijfeijken, I. (2020). De huwelijksgemeenschap van ongelijke delen. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2020(7308), 937-942. [4].

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## De huwelijksgemeenschap van ongelijke delen

Prof. Mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Onlangs verscheen de uitspraak van de Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677. Echtelieden zijn in 2015 gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. In oktober 2017 worden huwelijkse voorwaarden gemaakt, waarbij is bepaald dat bij het einde van het huwelijk de vrouw gerechtigd zal zijn tot 90% van het huwelijksgemeenschappelijke vermogen en de man tot 10%. Op 9 december 2017 overlijdt de man. De vrouw is zijn enige erfgenaam. De inspecteur legt een aanslag erfbelasting op naar een verkrijging van 50% van de huwelijksgemeenschap. Hij gaat daarbij voor drie ankers liggen. Hij stelt zich op het standpunt dat bij het maken van de huwelijkse voorwaarden sprake is van een schenking ter grootte van 40% van de huwelijksgemeenschap en die schenking heeft plaatsgevonden binnen 180 dagen voorafgaand aan het overlijden en daarom behoort tot de nalatenschap op grond van art. 12 SW 1956. Subsidiair betoogt hij dat die 40% is verkregen op grond van een verblijvingsbeding en dat daarmee art. 11 lid 4 of art. 11 lid 2 SW 1956 van toepassing is. Tot slot stelt hij zich op het standpunt dat sprake is van *fraus legis*.

### Onvoltooide vermogensverschuiving?

Onder verwijzing naar de twee arresten van de Hoge Raad uit 1959<sup>1</sup> en 1971<sup>2</sup> komt de rechtbank tot het oordeel dat het maken van de onderhavige huwelijkse voorwaarden geen voltooide vermogensverschuiving tot gevolg heeft en dat er daarom geen sprake is van een schenking. Deze uitspraak ligt in de lijn der verwachting. Een huwelijksgemeenschap van ongelijke delen wijkt in dat opzicht niet af van een ‘gewone’ 50-50 gemeenschap. Het enige – niet onbelangrijke – verschil is dat bij een ‘gewone’ 50-50 gemeenschap sprake is van het wettelijk stelsel en bij de gemeenschap met afwijkende delen niet.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich in zijn arresten van weleer heeft laten leiden door maatschappelijke opvattingen. Indien een man met een vermogen van 10 miljoen euro overgaat naar een algehele gemeenschap van goederen met zijn vrouw die geen vermogen bezit, verschuift er 5 miljoen aan vermogen. De man verarmt, de vrouw verrijkt. Desalniettemin oordeelde de Hoge Raad destijds dat dit geen schenking is. Daartoe nam hij zijn toevlucht tot de onvoltooidheid van de vermogensverschuiving. Dat argument was aangereikt door Van der Ploeg.<sup>3</sup> Door de aanzuigende werking van de huwelijksgemeenschap staat op dat moment niet vast hoe groot de vermogensverschuiving uiteindelijk zal blijken te zijn. In zijn zeer lezenswaardige noot bij BNB 1959/122 wijst Schuttevâer erop dat Van der Ploeg alleen stond in zijn opvatting dat geen sprake was van een schenking. Alle andere auteurs die zich met deze rechtsvraag hebben beziggehouden waren van mening dat wel sprake was van een schenking.<sup>4</sup> Hij wijst ook op een resolutie van de minister van Financiën en de rechtsontwikkeling in Duitsland ter ondersteuning van zijn standpunt om tot de volgende verzuchting te komen:

---

<sup>1</sup> HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1786, BNB 1959/122.

<sup>2</sup> HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX5018, BNB 1971/95.

<sup>3</sup> P.W. van der Ploeg in WPNR 1954/4486 en nader in 4502.

<sup>4</sup> Voor de vindplaatsen verwijs ik naar de noot van Schuttevâer bij BNB 1959/112.

‘ik vermeld dit omdat het thans door de Hoge Raad berechte geval m.i. juist typisch alle elementen bevat (het betrof een 72-jarige man met een vermogen van f 160 000 en een 11 jaar jongere echtgenote die maar f 9000 bezat terwijl er geen kinderen of ouders waren.; lvV) welke de Duitse leer (en de, op van der Ploeg na algemene Nederlandse leer) zouden leiden tot heffing van schenkingsrecht.’

De Hoge Raad heeft echter anders beslist en deze beslissing in BNB 1971/95 nog eens bevestigd. Het lijkt erop dat de Hoge Raad deze door Schuttevâer in kaart gebrachte heersende leer niet tot de zijne wilde maken waar het een huwelijk in het wettelijk stelsel betreft. Daar kan ik me iets bij voorstellen. Ook al voerden in beide gevallen *estate-plannings* motieven de boventoon, een andersluidend oordeel van de Hoge Raad zou ook de ‘gewone’ mens treffen die nietsvermoedend een huwelijk onder het wettelijk stelsel aangaat. Waarbij men de vraag kan stellen of het een taak van de Hoge Raad is om dit ongewenste gevolg af te wenden. Het verbaast dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1959 overweegt dat het op de weg van de wetgever ligt om een afwijking van het schenkingsbegrip vast te leggen, terwijl hij zelf een eerst een afwijking van het schenkingsbegrip dicteert. De wetgever zou dan met een afwijking van de afwijking moeten komen, waardoor het schenkingsbegrip weer conform de destijds bestaande leer was.

De onderhavige zaak gaat echter niet om een ‘gewone’ gemeenschap van goederen. De ongelijke verdeling van de huwelijksgemeenschap zoals hier aan de orde is, is enkel ingegeven uit *estate-plannings* motieven en moet bij huwelijkse voorwaarden worden aangegaan. De hamvraag is nu wat de Hoge Raad in onderhavig geval zal doen. Houdt hij vast aan zijn oordeel dat een huwelijksgemeenschap geen voltooide vermogensverschuiving met zich brengt, zelfs als sprake is van ongelijke delen, of komt hij op grond van de bijzonderheden van het geval tot een ander oordeel? Als dat eerste het geval is, ligt het voor de hand dat de wetgever in actie komt.

### **Verblijvingsbeding?**

De tweede vraag die aan de orde was, is of sprake is van een verblijvingsbeding als bedoeld in art. 11 lid 2 of art. 11 lid 4 SW 1956. De rechtbank overweegt dat deze bepalingen enkel van toepassing zijn als ze alleen werking hebben bij overlijden. I.c. was de werking van het beding niet beperkt tot het overlijden en daarom werden beide leden van art. 11 SW 1956 niet van toepassing geacht.

Art 1:100 BW bepaalt dat ieder der echtgenoten een gelijk aandeel heeft in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Vóór de ontbinding zijn de echtgenoten ieder gerechtigd tot het geheel. Bij ontbinding ieder tot de helft. Tenzij anders bepaald bij huwelijkse voorwaarden. Omdat bij huwelijkse voorwaarden wordt afgeweken van de hoofdregel van rechtswege (verdeling bij helfte) is naar mijn mening sprake van een verblijvingsbeding. In de huwelijkse voorwaarden is bepaald dat een groter deel dan die 50% van alle bezittingen en schulden bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap toekomt aan (i.c.) de vrouw. Dit meerdere wordt verkregen dankzij dit beding in het huwelijkse voorwaarden. Er verblijft aan die echtgenoot meer dan de helft.<sup>5</sup> Dit is anders als men aanneemt dat, omdat staande de

---

<sup>5</sup> Zie Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/391. Breedveld – de Voogd (T&C Personen- en Familierecht) in aantekening 2 op art. 1:100 BW noemt in de editie van 2012 het verblijvingsbeding als voorbeeld van een dergelijke afspraak. In de huidige druk is deze zin verdwenen.

huwelijksgemeenschap ieder gerechtigd is tot het geheel, er geen enkel moment is aan te wijzen dat ieder der echtgenoten is gerechtigd tot de helft en er dus ook geen sprake kan zijn van 'meer verkrijgen dan zijn aandeel'. Deze redenering gaat voorbij aan de economische werkelijkheid dat de echtelieden staande huwelijk ieder gerechtigd zijn tot de helft van de waarde van huwelijksgemeenschap<sup>6</sup> en dat door de bepaling in de huwelijkse voorwaarden bij ontbinding niet bij helfte wordt gedeeld.

#### **Art. 11 lid 4 SW 1956 niet van toepassing?**

Aannemende dat sprake is van een verblijvingsbeding, rijst de vraag of de rechtbank art. 11 lid 4 SW 1956 terecht niet van toepassing heeft geacht. Art. 11 lid 4 SW 1956 is van toepassing als wordt verkregen op grond van een 'van het overlijden van de eerststervende afhankelijk beding'. Vaststaat dat de bepaling van lid 4 (ook) ziet op wederkerige bedingen. In het onderhavige geval is hiervan sprake. Het doet er niet toe wie van beide echtgenoten als eerste overlijdt. De verdeling is altijd 90-10. Dit staat aan toepassing van art. 11 lid 4 SW 1956 niet in de weg.

Een andere vraag is of art. 11 lid 4 SW 1956 ook van toepassing is als het beding ook werkt bij einde van het huwelijk door echtscheiding. In dat geval is de werking van het beding niet afhankelijk van het overlijden, maar van de ontbinding van het huwelijk. Er is in deze optiek geen sprake van een beding dat enkel werkt bij het overlijden van de eerststervende echtgenoot. Men kan echter evengoed verdedigen dat als het beding werking heeft bij overlijden (zoals in onderhavig geval) het beding door het overlijden van de eerststervende in werking is getreden en de werking daarmee afhankelijk is van het overlijden van de eerststervende. De wettekst is niet eenduidig.

Ook met een beroep op doel en strekking van de regeling is geen eenduidig antwoord op onderhavige vraag te geven. In mijn monografie<sup>7</sup> heb ik betoogd dat enerzijds kan worden verdedigd dat naar doel en strekking een verkrijging uit hoofde van zo'n beding niet onder art. 11 lid 4 SW 1956 behoort te vallen.

Niet alleen bij ontbinding van het huwelijk door overlijden krijgt de vrouw 90% van het gemeenschappelijk vermogen. Ook als het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding verkrijgt zij die 90%. In dit geval komt de verkrijging niet een erfrechtelijke zo nabij dat heffing is gerechtvaardigd.

Daarvan zou alleen sprake moeten zijn als de 'verrijking' *uitsluitend* haar grond vindt in het overlijden van de eerststervende. In dat geval kan worden aangenomen dat als de 'verrijking' niet via de huwelijkse voorwaarden was bewerkstelligd, de eerststervende dit via zijn uiterste wilsbeschikking zou hebben gedaan. Anderzijds kan men betogen dat doel en strekking van art. 11 lid 4 SW 1956 erin gelegen zijn om aan te sluiten bij het wettelijke stelsel van de gemeenschap van goederen. In dat geval is art. 11 lid 4 SW 1956 wel van toepassing.

Overigens zijn de *estate-plannings* mogelijkheden niet beëindigd als de Hoge Raad art. 11 lid 4 SW 1956 van toepassing acht. In dat geval zouden echtelieden als de onderhavige nog een extra stap moeten zetten om art. 11 lid 4 SW 1956 te omzeilen: na het aangaan van de gemeenschap van ongelijke delen wordt deze ontbonden en verdeeld. Als dit plaatsvindt voor het overlijden van de man bestaat zijn nalatenschap enkel uit privévermogen ter waarde van 10% van het gemeenschapsvermogen.

---

<sup>6</sup> Zie over discussie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/267.

<sup>7</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 10.4.2.

## Art. 11 lid 2 SW 1956 niet van toepassing?

Rest de vraag of art. 11 lid 2 van toepassing is. Er is sprake van een fictieve erfrechtelijke verkrijging 'indien het aandeel van de erflater in goederen ten gevolge van een overeenkomst bij zijn overlijden (...) verblijft (...) aan (...) de deelgenoten (...)'. De rechtbank oordeelt in één zin dat deze fictiebepaling niet geldt omdat het verblijvingsbeding ook tijdens leven werking kan hebben.

In HR 2 december 1959, ECLI:NL:HR:1959: AY0547, BNB 1960/20 overwoog de Hoge Raad dat art. 11 lid 2 SW 1956 ook van toepassing is als:

'(...) bij overeenkomst het recht tot het overnemen van een zaak is verleend, onder bepaling dat van dit recht eerst gebruik zal kunnen worden gemaakt op zeker toekomstig tijdstip of wel bij het overlijden van de eigenaar, en dat recht bij het overlijden is uitgeoefend, terwijl het toekomstige tijdstip, waarop het in elk geval, onverschillig of de eigenaar nog leeft dan wel reeds overleden is, geldend gemaakt zou kunnen worden, nog niet wat verschenen; Dat toch alsdan het overlijden de voordien niet bestaande mogelijkheid tot effectuering van het recht heeft geopend'.

Uit deze passage leid ik af dat onder de reikwijdte van art. 11 lid 2 SW 1956 ook het verblijvingsbeding valt dat niet alleen afhankelijk is van het overlijden, en dat wel bij overlijden werking krijgt omdat die andere gebeurtenis (i.c. ontbinding van het huwelijk door echtscheiding) zich nog niet heeft voorgedaan.<sup>8</sup> Dat zou leiden tot de conclusie dat art 11 lid 2 SW 1956 in het onderhavige geval wel van toepassing is. Waarbij de vraag rijst wat de omvang van de fictieve verkrijging is. Deze is in art. 11 lid 2 SW 1956 nu de werking niet beperkt is tot het meerdere boven de helft van de gemeenschappelijke goederen.

Dan komen we toe aan de vraag of art. 11 lid 4 SW 1956 een uitputtende regeling geeft voor verblijvingsbedingen in huwelijkse voorwaarden en daarom niet wordt toegekomen aan art. 11 lid 2 SW 1956. Dat blijkt niet uit de wettekst, maar in het verleden was dit duidelijk wel de bedoeling van de wetgever. Tot 2010 was het huidige art 11 lid 4 SW 1956 opgenomen in art. 7. In art. 11 lid 5 sub 1 stond toen te lezen dat deze bepaling niet van toepassing was op bedingen als bedoeld in art. 7 SW 1956. Met andere woorden: tot 2010 was wettelijk vastgelegd dat verblijvingsbedingen in huwelijkse voorwaarden enkel werden bestreken door art. 7 (het huidige art. 11 lid 4) en niet door art. 11 lid 2 SW 1956. Deze bepaling is door de verhuizing van de tekst van art. 7 naar art. 11 lid 4 SW 1956 zonder toelichting vervallen.

Als we ervan uitgaan dat de wetgever geen verandering op dit punt heeft gewild per 1 januari 2010 dan geeft art. 11 lid 4 SW 1956 inderdaad een uitputtende regeling voor verblijvingsbedingen in huwelijkse voorwaarden en komen we niet toe aan art. 11 lid 2 SW 1956. Dat betekent dat in het onderhavige geval de verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht door de langstlevende van het meerdere niet in enige heffing kan worden betrokken.

---

<sup>8</sup> Zie voor meer hierover I.J.F.A. van Vijfeijken, Fictieve verkrijging in de Successiewet 1956, Deventer: Kluwer 2013, par. 7.6.4.

## Fraus legis?

Het beroep op *fraus legis* wordt door de rechtbank van de hand gewezen. Het lag er in deze casus duimendik bovenop dat het enkel ging om de vermijding van erfbelasting. De kans bestaat uiteraard altijd dat de andere echtgenoot toch nog eerder overlijdt, maar de vraag is of die kans in onderhavig geval niet verwaarloosbaar was. De rechtbank verwijst ook naar de arresten van de Hoge Raad in uit 1959, waarin de Hoge Raad overwoog dat het de taak is van de wetgever om desgewenst een wettelijke grondslag voor belastbaarheid te creëren voor situaties waarin via het aangaan van een huwelijksgemeenschap vermogen verschuift van de ene echtgenoot naar de andere echtgenoot. De wetgever heeft op dit punt geen actie ondernomen. Er is weliswaar een wetsvoorstel ingediend om aan deze praktijken een einde te maken, maar dit voorstel stuitte op verzet in de Tweede Kamer en is daarom ingetrokken.

## Conclusie

Gezien het voorgaande verwacht ik dat het eindoordeel van de Hoge Raad in onderhavige casus niet anders zal zijn dan de uitspraak van de rechtbank, waarbij ik wel de hoop uitspreek dat de Hoge Raad wat meer woorden besteedt aan het toepassingsbereik van art. 11 lid 4 en art. 11 lid 2 SW 1956 en hun onderlinge verhouding. Als ik het bij het rechte eind heb, kunnen we de heffing van schenk- en erfbelasting bij gehuwden net zo goed afschaffen. Iedereen met enig vermogen kan dan in het zicht van het overlijden van een van de partners een huwelijksgemeenschap met ongelijke delen aangaan waarbij de aspirant erflater voor een minimaal percentage is gerechtigd. Ook voor ongehuwden wordt het dan aantrekkelijk om nog snel voor het overlijden in het huwelijksbootje te stappen en dan hebben we het nog niet over de mogelijkheden die het geregistreerd partnerschap biedt.<sup>9</sup>

Het lijkt me daarom raadzaam om het wetsvoorstel zoals dat was opgenomen in OFM 2018 weer van stal te halen.<sup>10</sup> Met wat aanpassingen werpt het wetsvoorstel een dam op tegen *estate-plannings*figuren als de onderhavige zonder dat de echtelieden die in een ‘gewone’ huwelijksgemeenschap huwen tekort wordt gedaan.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Denk aan de vermogende tante die haar neefje als erfgenaam heeft benoemd. Een geregistreerd partnerschap met ongelijke delen wordt dan zeer aantrekkelijk vanuit fiscaal oogpunt.

<sup>10</sup> Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 786, nr. 2, Art. XI (p. 7-9).

<sup>11</sup> Zie voor de knelpunten in het voorstel en mogelijke oplossingen daarvoor I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Partners en schenking: een gemiste kans’, *WFR* 2018/40.